Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

# XXI.

## Zur Lehre vom Erwerbe der Vermächtniſſe.

Von Crafft Freiherrn v. Crailsheim,
Rechtspraktikanten in Ansbach.

### § 1.

Bei der Lehre vom Erwerbe der Vermächtniſſe ſind bekanntlich zwei Zeitpunkte zu unterſcheiden:

1) der dies cedens, welcher nie vor dem Tode des Erblaſſers,

2) der dies veniens, welcher nie vor dem dies cedens und nie vor dem Erbſchaftsantritte eintritt.

Im Uebrigen kann das Verhältniß dieſer beiden Zeitpunkte ſowohl unter ſich, als zum Antritte der Erbſchaft ein ſehr verſchiedenes ſein: der dies cedens kann vor, mit und nach dem Erbſchaftsantritte, der dies veniens mit und nach dem dies cedens eintreten. Es fragt ſich nun: Unter welchen Umſtänden findet das Eine oder Andere ſtatt? und hieran reihen ſich die weiteren Fragen: Welche Wirkungen knüpfen ſich an den dies cedens und veniens? und: Welche Wirkungen hat der Erbſchaftsantritt ſchon an ſich, ſofern er vor dem dies cedens, oder zwar nach dieſem, aber vor dem dies veniens erfolgt?

Die erſte Frage iſt im Allgemeinen unbeſtritten. Der dies cedens tritt regelmäßig ein mit dem Tode des Erblaſſers [1]) unabhängig von dem Erwerbe des Onerirten ſeinerſeits. [2]) Hiervon gibt es aber folgende Ausnahmen:

1) Bei bedingten und an einen dies incertus geknüpften Vermächtniſſen tritt der dies cedens nicht vor Exiſtenz der

1) L. 5 § 1. l. 7. pr. D. quando dies leg. 36, 2 (Ulp.), l. 21 pr. eod. (Paul.), l. un. § 1. 5. Cod. de cad. toll. 6, 51 (Just.), Ulp. XXIV. § 31.

2) L. 1. D. eod. (Paul.), l. 7 pr. § 4 D. eod. (Ulp.), l. 19 § 2 D. eod. (Jul.) l. 22 D. eod. (Pomp.)

Bedingung, beziehungsweise des dies ein,[3]) welche Wirkung natürlich eine, wenn auch ausdrücklich ausgesprochene, condicio tacita regelmäßig nicht hat,[4]) nach dem Willen des Testators aber allerdings haben kann.[5])

Hier kann also der dies cedens eintreten:

a) mit dem Tode des Testators, wenn die Bedingung schon vorher in Erfüllung gegangen[6]) und nicht eine solche ist, welche erst nach dem Tode in Erfüllung zu gehen hat,[7]) oder schon zur Zeit der Testamentserrichtung mit Wissen des Testators erfüllt war, da hier wiederholte Erfüllung abgewartet werden müßte;[8])

b) nach dem Tode, aber vor dem Antritte, wenn die Erfüllung sich während dieser Zeit vollzieht; jedenfalls nach dem Tode, wenn die Erfüllung erst nach dieser Zeit möglich ist;[9])

c) nach dem Antritte, wenn sich die Bedingung erst nachher erfüllt;[10]) nothwendig nach dem Antritte, wenn die Erfüllung diesen voraussetzt;[11])

d) mit dem Antritte, wenn die Bedingung im Momente desselben eintritt, aber nicht für diesen selbst bedingend ist, z. B. wenn der Erbe zur Zeit des Antritts in väterlicher Gewalt ist.

2) Bei unvererblichen Rechten erfolgt der dies cedens nicht vor dem Zeitpunkte der Geltendmachung.[12])

3) Bei Legaten an einen testamentarisch freigelassenen

---

3) L. 5 § 2 D. eod. (Ulp.), l. 21 pr. D. eod. (Paul.), l. 41 D. de cond. et dem. 35, 1 (Paul.), l. 75 D. eod. (Papin.)

4) L. 99 D. de cond. et dem. 35, 1 (Papin.), l. 22 § 1 D. quando dies leg. 36, 2 (Pomp.) cf. l. 7 § 5 D. eod. (Ulp.), l. 21 § 1 D. eod. (Paul.), l. 107 D. de cond. et dem. 35, 1 (Gaj.).

5) L. 19 § 1 D. eod. (Ulp.).

6) L. 10 pr. D. eod. (Ulp.).

7) L. 2 D. eod. (Ulp.), l. 11 § 1 D. eod. (Paul.).

8) L. 10 § 1 D. eod. (Ulp.), l. 11 pr. D. eod. (Paul.).

9) L. 91 D. eod. (Maec.).

10) L. 19 pr. D. eod. (Ulp.).

11) Z. B. l. 91 § 1 D. de leg. 1 (Jul.), l. 44 § 10. l. 45. D. de cond. et dem. 35, 1. (Paul.).

12) L. 2. 3. 5. § 1 u. 7. l. 9 D. quando dies leg. 36, 2 (Ulp.), tit. D. quando dies usufr. 7. 8 (Ulp.).

Sklaven tritt der dies cedens nicht vor Antritt der Erbschaft ein;[13] wird aber nach angetretener Erbschaft nicht dadurch aufgehalten, daß die Freiheit noch nicht eingetreten ist.[14]

4) In gleicher Weise erfolgt der dies cedens bei Vermächtnissen an einen legirten Sklaven nicht vor Antritt der Erbschaft, erleidet aber durch den noch nicht erfolgten Erwerb des Vermächtnisses am Sklaven keinen Aufschub.[15]

Der dies veniens erfolgt, den dies cedens vorausgesetzt:

1) bei unbetagten Vermächtnissen im Zeitpunkte des Erschaftsantrittes;[16]

2) bei Vermächtnissen, welchen ein dies beigefügt ist, fällt der dies veniens mit dem Eintritte dieses zusammen.[17]

In den Fällen, in welchen der dies veniens für den dies cedens maßgebend ist, nämlich bei unvererblichen Rechten, fallen stets beide Zeitpunkte zusammen (Note 12). Ist der dies cedens unabhängig vom dies veniens, aber abhängig vom Erbschaftsantritte (oben Nr. 3 und 4), so kommt es, abgesehen von bedingten Vermächtnissen, bei welchen nach Maßgabe des Eintrittes der Bedingung die Sache sich verschieden gestalten kann, darauf an, ob das Vermächtniß unbetagt, oder an einen dies geknüpft ist. Im ersten Falle coincidiren beide Zeitpunkte, im zweiten geht der dies cedens dem dies veniens voran, soferne nicht etwa der dies schon vor dem Antritt eingetreten wäre, in welchem Falle dies cedens und veniens gleichfalls zusammentreffen würden.

## § 2.

Was die Art des Erwerbes der Vermächtnisse betrifft, so geht die herrschende Ansicht im Allgemeinen dahin:

Das Recht des Vermächtnisses wird mit dem dies cedens erworben, ohne daß es einer besonderen Erklärung des Legatars bedarf. Dieser Erwerb wird aber demselben nicht wider Willen

13) L. 7 § 6. l. 8 D. quando dies leg. 36, 2 (Ulp.).

14) L. 91 § 1 D. de leg. 1 (Jul.), l. 8 D. cit.

15) L. 7 § 6 cit., l. 69. pr. D. de leg. 1 (Gaj.).

16) L. 7 pr. D. quando dies 36, 2 (Ulp.).

17) L. 21 pr. D. eod. (Paul.), l. 5 Cod. quando dies leg. 6, 58 (Alex. Imp.)

aufgedrungen, vielmehr kann er das Vermächtniß ablehnen, wozu aber der Eintritt des Zeitpunktes der Geltendmachung nothwendig ist. Dingliche Rechte des Erblassers werden gleichfalls **ipso jure**, jedoch erst wenn **dies legati venit** erworben.

Eine andere Ansicht stellte Pöschmann in **Observationum ad jus antejustinianeum et justinianeum triga** (Lipsiae 1857) Diss. I. auf, der sich Dietzel in der Heidelberger kritischen Zeitschrift V. S. 554 wenigstens theilweise anschließt. Nach Pöschmann nämlich soll zum Erwerbe eines Vermächtnisses eine besondere Willenserklärung des Legatars nöthig sein, — eine Ansicht, die er jedoch nur bezüglich des Vindicationslegates begründet, bezüglich der übrigen veralteten Formen der Vermächtnisse, sowie bezüglich der Vermächtnisse nach justinianischem Recht nur errathen läßt. Dietzel stimmt ihm nur bezüglich des Vindicationslegates bei, während er sich bezüglich der übrigen Vermächtnißformen der herrschenden Ansicht anschließt.

Dagegen hat nun wieder Fitting in dieser Zeitschrift, Band 42. S. 147 ff. die herrschende Ansicht in Schutz genommen, worauf der Streit ruhte, bis im Jahre 1861 Köppen in den Jahrbüchern für Dogmatik von Gerber und Jhering, Bd. 5. S. 184 ff. mit der ausführlich begründeten Ansicht hervortrat, der **dies legati cedens** gewähre eine bloße **facultas adquirendi**, und auch der **dies veniens** involvire an sich noch keinen Vermögenserwerb, vielmehr setze letzterer eine ausdrückliche Willenserklärung des Vermächtnißnehmers voraus, zu welcher der Zeitpunkt des **dies veniens** erforderlich sei.

Die Dietzel'sche Ansicht führt, wie Fitting a. a. O. S. 149 ff. nachgewiesen hat, zu den größten Inconsequenzen, und auf dem Boden des justinianischen Rechtes zu Widersprüchen, zu deren Lösung Dietzel selbst nicht die geringsten Anhaltspunkte bietet. Es soll daher von der Dietzel'schen Ansicht hier ganz abgesehen und nur die Pöschmann'sche, oder vielmehr — da Pöschmann sie nur bezüglich des Vindicationslegates zu begründen sucht — die Köppen'sche Ansicht näher in Betracht gezogen werden.

Die Argumentation Köppen's beruht im Weſentlichen auf Folgendem: das Recht des Vermächtniſſes habe einen familienartigen Charakter, es habe urſprünglich auch die Möglichkeit eines Familienverhältniſſes zum Teſtator vorausgeſetzt, und äußere ſeine Wirkung als familienartiges Recht noch darin, daß der Legatar den dies cedens erleben müſſe, und daß die durch den dies cedens entſtehende ſog. petitio legati kein abſolut vererbliches Recht ſei, wie ſich bei verſäumter Agnition oder Anordnung einer Subſtitution zeige. Die petitio legati in dieſem Sinne ſei ein der Delation einer Erbſchaft ganz analoges Recht und gewähre nur, den dies veniens vorausgeſetzt, die Befugniß zu agnosciren oder zu repudiiren, wie denn ſchon der Begriff der Repudiation einen ſchon vollzogenen Erwerb ausſchließe. Daß Agnition zum Erwerb nöthig ſei, ergebe ſich aus l. 33 D. de minor. 4, 4 (Aburn. Val.), l. 59 D. de leg. 2 (Terent. Clem.), l. 44 § 1 D. de leg. 1 (Ulp.), l. 92 pr. D. de cond. et dem. 35, 1. (Ulp.), Paul. Rec. Sent. III. 6. § 7.

In dem Streite zwiſchen Sabinianern und Proculianern bezüglich des Vindicationslegates in dieſem Punkte — denn bei andern Legaten hätten auch die Sabinianer Agnition gefordert — habe, wie ſchon Gajus II. § 195 bezeuge, die Proculianiſche Anſicht die Oberhand behalten; die Sabinianer hätten die Anſicht ihrer Schule ſelbſt aufgegeben, und die ſpäteren Juriſten hätten ausſchließend die proculianiſche Lehre befolgt, wie ſich aus l. 86 § 2 D. de leg. 1 (Jul.), l. 8 D. de reb. cred. 12, 1 (Pomp.), l. 15 D. de reb. dub. 34, 5 (Marcian.), l. 44 § 1 D. de leg. 1 (Ulp.), l. 38 § 1 D. ib. (Pomp.), l. 13 D. de condic. instit. 28. 7 (Jul.), l. 3 D. de servit. leg. 33, 3 (Marcell.) und, was das juſtinianiſche Recht betrifft, aus c. 7 § 9. Cod. de curat. fur. vel prod 5, 70 (Justinian Imp.) ergebe.

## § 3.

Was nun zunächſt die Behauptung Köppen's betrifft, das Vermächtnißrecht habe, gleich dem Erbrecht, einen familienartigen Charakter, ſo ſei es verſtattet, auf die Definition

zurückzugehen, welche er selbst a. a. O. Note 7a gibt. Er sagt: Alle Rechte und Verbindlichkeiten, die der Mensch als Glied der Familie hat, die nicht zu seinem Vermögen gehören, und die bei seinem Tode, soweit sie nicht ganz untergehen, entweder ganz unabhängig von seinem Nachlasse anderen Familiengliedern folgen, oder doch nur deßhalb an die Erben gelangen, weil sie selbst zur Familie gehören, haben denselben Charakter, als die Familiengewalten.

Keines dieser Momente findet sich beim Vermächtnißrecht, wenn man sich nur vergegenwärtigt, daß vor dem dies cedens noch kein Recht vorhanden ist, das mit dem Tode des Honorirten untergehen könnte. Daß es nicht zu dem Vermögen des Bedachten gehöre, ist es eben, was Köppen durch den behaupteten familienartigen Charakter zu beweisen sucht.

Köppen stützt seine Behauptung darauf, daß nach altem Recht Niemand zum Legatar ernannt werden konnte, der nicht auch die Fähigkeit hatte, des Erblassers Erbe zu sein: Erbfähigkeit setze aber die Möglichkeit eines Familienverhältnisses zum Testator, also connubium voraus.[18]) Dieß ist aber unrichtig: weder die Fähigkeit, als Erbe eingesetzt, noch die, mit einem Vermächtnisse bedacht zu werden, erforderte connubium, vielmehr war von letzterem die testamenti factio ganz unabhängig. Dieß gilt von der testamenti factio passiva sowohl, als von der t. f. activa.[19])

Köppen führt für seine Ansicht Gajus I. § 22 und 23, II. § 110 an, allein diese Stellen sprechen nur von Latini Juniani, welchen allerdings die testamenti factio activa und die Capacität — nicht aber die Erbfähigkeit — fehlte.[20]) Gerade aus dem Inhalte der lex Junia Norbana geht das Gegentheil der Köppen'schen Ansicht hervor, da sie nur einer bestimmten Klasse der Latini die Capacität entzog. Und jedenfalls beweist die vielbestrittene Stelle Cic. pro Caecina 35[21])

---

18) Köppen, a. a. O. S. 186. S. 129. Note 8.

19) arg. Ulp. XX. § 13, wo die Testirfähigkeit als Ausfluß des commercium bezeichnet wird, und Ulp. XX. § 8. 14. XXII. § 2. 3.

20) Gaj. III. 56.

21) Puchta, Cursus der Instit. Bd. I. S. 242 und die dort Angef.

wenigstens so viel mit Sicherheit, daß man einer latinischen Colonie die hereditates entziehen konnte, daß also Erbfähigkeit nicht connubium voraussetzte.[22]) Daß das Intestaterbrecht connubium erforderte, versteht sich aus andern Gründen von selbst; dieß kann man auch wirklich mit mehr Recht unter die Familienrechte zählen. Daß juristische Personen nach Römischem Rechte nicht eo ipso testamenti factio haben, kann nicht auffallen, da ja zu deren Begriff keineswegs vollständige Fähigkeit zu allen Vermögensrechten gehört; und endlich beruht es nur auf der Nothwendigkeit einer ununterbrochenen Repräsentation des Erblassers durch den Erben, wenn noch nicht Concipirte nicht zum Erben eingesetzt werden können, — eine Beschränkung, die bekanntlich für Vermächtnisse nicht gilt.

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß das testamentarische Erbrecht und das Vermächtnißrecht nicht unter die Familienrechte zu zählen ist. Es fragt sich nun zunächst, welchen Charakter und welche Wirkung dem durch den dies cedens erworbenen Rechte zukommt.

In dieser Beziehung hat Regelsberger[23]) darauf hingewiesen, daß es zum Mindesten sprachlich unrichtig ist, an den dies cedens den Erwerb des Vermächtnisses zu knüpfen, und daß es richtiger sei, die Wirkung des dies cedens durch „Anfall" zu bezeichnen, welchen Ausdruck nun auch Brinz[24]) annimmt; daß es aber vollends ein großer sachlicher Verstoß ist, an den dies cedens ohne Weiteres, wie Puchta thut, die Entstehung des Quasicontractes zwischen dem Onerirten und Honorirten zu knüpfen, da doch vor dem Erbschaftsantritte kein Verpflichteter existirt.

In dieser Beziehung hat vielmehr gewiß Köppen Recht, wenn er behauptet, daß sich an den dies cedens an sich noch keine Vermögensadquisition anknüpfe, vielmehr dieser zunächst nur die Möglichkeit eines Erwerbs biete. Zum Beweise hierfür bedarf es auch gar nicht der Annahme eines familienartigen

22) Puchta, a. a. O. Bd. II. § 217.

23) Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. Erlangen 1859 S. 116.

24) Pandekten II. S. 949.

Charakters; eine bloße Möglichkeit des Erwerbes liegt z. B. auch in der Offerirung einer Schenkung, wie Köppen a. a. O. S. 226 schließlich selbst zugibt.

Daß mit dem dies cedens noch nicht das den Inhalt des Vermächtnisses bildende Recht erworben wird, ist in Beziehung auf den Eigenthumsübergang mehrfach klar ausgesprochen;[25]) es erklärt sich dies im Justinianischen Recht daraus, daß beim Vindicationslegate erst post aditam hereditatem Eigenthum erworben wurde.[26]) Daß dieß für die actiones personales anders sei, beziehungsweise gewesen sei, dagegen spricht außer dem angeführten natürlichen Grund, daß vorher kein Verpflichteter vorhanden ist, auch Gai. II. § 245. Ulp. XXIV. § 23. § 33 I. de legatis 2, 20, da in den dort angeführten Fällen eine Obligation zwischen dem Onerirten und dem Honorirten gar nicht möglich wäre. Dagegen spricht auch nach justinianischem Recht die ganze geschichtliche Entwicklung des Rechtsschutzes der Vermächtnisse. Das Vindicationslegat erzeugte gar keine persönliche Klage[27]); seit dem SC. Neronianum[28]) hat der Legatar beim Vindicationslegat die Wahl zwischen einer dinglichen und einer persönlichen Klage, indem das Vindicationslegat als Damnationslegat behandelt werden konnte[29]), und Justinian hat diese doppelten Rechtsmittel dem Vermächtnißnehmer bei Vermächtnissen mit den materiellen Voraussetzungen des Vindicationslegates ausdrücklich zugesprochen[30]). Schon hieraus erhellt, daß eine principielle Verschiedenheit in Beziehung auf den Zeitpunkt des dinglichen und persönlichen Rechtserwerbes bei Vermächtnissen nicht wohl stattfinden kann.

---

25) L 13. § 3 D. ad leg. Aqu. 9, 2 (Ulp.), l. 69 pr. D. de leg. 1 (Gaj.), l. 38 D. de leg. 2 (Javol.).

26) Gaj. II. § 194.

27) arg. Gaj. II. § 194: vindicare debet.

28) Gaj. II. § 197. Ulp. XXIV. 11a.

29) L. 84. § ult. D. de leg. 1 (Jul.), l. 76 § 8 de leg. 2 (Papin.), l. 33. l. 85 D. de leg. 1 (Paul.), l. 3 Cod. de leg. 6, 37 (Sev. et Anton.).

30) L. 1 Cod. communia de leg. 6, 43.

## § 4.

Nachdem sich aus dem Bisherigen, übereinstimmend mit der Ansicht Köppen's, ergeben hat, daß der dies cedens an sich noch keinen Vermögenserwerb involvirt, ist zu untersuchen, ob nach Eintritt desselben durch den Erbschaftsantritt das den Inhalt des Vermächtnisses bildende Vermögensrecht ipso jure für den Honorirten erworben werde, oder ob, wie Köppen, abweichend von der herrschenden Lehre, behauptet, hiezu die Erklärung der Annahme erforderlich ist. Bekanntlich bestand zwischen den Proculianern und Sabinianern in Beziehung auf das Vindicationslegat — wie es bei den andern Vermächtnißformen war, können wir bloß vermuthen — ein Schulstreit darüber, indem jene der Ansicht waren, es sei Agnition zum Eigenthumserwerbe nothwendig, diese dagegen einen sich ipso jure vollziehenden Erwerb annahmen.[31])

Außerdem gingen die Ansichten der beiden Schulen in Beziehung auf die Frage auseinander, wem beim bedingten Legate die Sache einstweilen nach Antritt der Erbschaft gehöre, indem die Sabinianer der Ansicht waren, sie gehöre dem Erben, die Proculianer, sie gehöre weder dem Erben noch dem Legatare, was letztere auch beim unbedingten Vindicationslegate, so lange die Agnition nicht erfolgt ist, behaupteten.[32])

Wie gesagt, geben uns die Quellen nur in Beziehung auf das Vindicationslegat bestimmte Aufschlüsse von diesem Streite, jedoch ist es höchst wahrscheinlich, daß bezüglich der übrigen Legatsformen und der Fideicommisse die nämliche Meinungsverschiedenheit herrschte, wenn wir nicht gar annehmen dürfen, daß hier auch die Proculianer das Erforderniß der Agnition nicht aufstellten.

Köppen behauptet im Gegentheil, bei den übrigen Vermächtnißformen hätten auch die Sabinianer Agnition gefordert, aber dies ist ganz unwahrscheinlich, da eben Gajus in der von Köppen angeführten Stelle Gai. II. § 204 nichts davon

---

31) Gaj. II. § 195.
32) Gaj. II. § 200.

sagt. Köppen erklärt seine Annahme daraus, daß die legirten Rechte direct vom Erblasser auf den Erben gelangen mußten, weßhalb die Sabinianer, abweichend von den übrigen Vermächtnißformen, beim Vindicationslegate einen ipso jure eintretenden Erwerb, einen ipso jure sich vollziehenden Eigenthumsübergang angenommen, die Proculianer dagegen diese Abweichung nicht für nöthig befunden, vielmehr den nämlichen Erfolg durch die Annahme erreicht hätten, die Sache gehöre inzwischen weder dem Erben noch dem Legatar. Daß dies aber nicht der Grund der Sabinianischen Ansicht ist, erhellt daraus, daß ja nach der Annahme der Sabinianer bei einem bedingten Legat doch kein directer Eigenthumsübergang stattfand. [33])

## § 5.

Was nun zunächst den zweiten Streitpunkt betrifft, ob beim bedingten Vindicationslegate die legirte Sache inzwischen dem Erben, oder weder dem Erben noch dem Legatare gehöre, so haben wir unzweifelhafte Belege dafür, daß in dieser Beziehung in der justinianischen Gesetzgebung die Sabinianische Ansicht die Oberhand behalten hat.

Die hierauf bezüglichen Stellen sind folgende: l. 66 D. de R. V. 6, 1 (Paulus.): Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si condicio legati vel libertatis exstiterit. l. 12 § 2 D. fam. herc. 10, 2 (Ulp.): Res, quae sub condicione legata est, interim heredum est: ideo venit in familiae herciscundae judicium et adjudicari potest. l. 9 § 5 D. de peculio 15, 1 (Ulp.), l. 11 § 1 D. quemadmodum servitus 8, 6 (Marcellus.), l. 32 § 1 D. de leg. 2 (Modest.), l. 29 § 1 D. qui et a quibus manumissi 40, 9 (Gajus), l. 81 pr. D. de leg. 1 (Jul.), l. 4 D. si ususfructus pet. 7, 6 (Paul.), auch l. 18 D. de servit. 8, 1 (Paul.), welche wohl den Fall eines bedingten Vermächtnisses im Auge hat. [34])

---

33) Gaj. II. § 200.

34) Möglicherweise handelt sie allerdings vom Damnationslegat.

Klarer, als in den angeführten Stellen, kann die Sabinianische Ansicht nicht ausgesprochen werden. Köppen a. a. O. S. 193 will zwar die beiden ersten derselben — die übrigen erwähnt er nicht — durch die Bemerkung beseitigen: „Natürlich gehören demungeachtet die legirten Sachen in der Zwischenzeit zur Erbschaft, so daß dem Erben auch ihretwegen die rei vindicatio und actio familiae herciscundae zusteht." Er mag insoferne Recht haben, als die legirten Sachen wohl unter die actio familiae herciscundae gezogen werden konnten, da diese nicht Eigenthum voraussetzt, vielmehr im gegenwärtigen Fall nach der Proculianischen Ansicht die Sache bei dieser Klage ebenso gut in Berücksichtigung gezogen werden konnte, als z. B. eine in Feindesgewalt befindliche propter spem postliminii.[35]) Allein einerseits sprechen die angeführten Stellen ganz unzweifelhaft aus, die Erben seien Eigenthümer; anderseits ist m. E. nach der Proculianischen Ansicht (nullius interim rem esse) eine rei vindicatio vor der Repudiation von Seite des Erben geradezu unmöglich.

Es dürfte mithin so viel feststehen, daß in diesem Punkte die Sabinianische Ansicht recipirt ist. Schließt man sich derselben in Beziehung auf bedingte Vermächtnisse an, so muß man natürlich auch annehmen, daß, gesetzt auch, im justinianischen Rechte würde zum Erwerbe ausdrückliche Willenserklärung gefordert, bis dahin die legirte Sache gleichfalls dem Erben gehört.

## § 6.

Es ist nun schon in hohem Grade unwahrscheinlich, daß zum Theil die Proculianische, zum Theil die Sabinianische Ansicht recipirt wurde, und es könnte daher die Vertheidigung der letzteren hiermit geschlossen werden; gleichwohl sollen in Folgendem die von Köppen beigebrachten nach seiner Behauptung für die Nothwendigkeit der Acceptation sprechenden Gründe in Betracht gezogen werden.

Bei Vertheidigung dieser Ansicht hat man vor Allem zu viel Gewicht auf Stellen gelegt, in welchen die Wirksamkeit

35) L. 22 § 5. l. 28 D. fam. herc. 10, 2 (Ulp.).

eines Legates von einem velle, agnoscere u. dgl. des Legatars abhängig gemacht wird.[36]) Es ist dies sehr erklärlich, wenn man bedenkt, daß nach der Sabinianischen Lehre das Eigenthum zwar ipso jure überging, dieser Eigenthumsübergang aber vorerst noch widerruflich war, indem es ja immerhin vom Legatar abhing, den Erwerb anzunehmen oder auszuschlagen. Eine positive Erklärung der Annahme setzte natürlich den Bestand des Vermächtnisses außer Zweifel, und es ist nicht im Mindesten auffallend, daß die Juristen bei ihren Erörterungen über die Wirkungen der Legate von diesem Falle ausgingen.

In vielen Stellen wird die Wirksamkeit eines Vermächtnisses von einem non repudiare des Legatars abhängig gemacht.[37]) Köppen sagt nun a. a. O. S. 196, dieser negative Ausdruck bedeute gerade so viel, wie die positiven Ausdrücke agnoscere, velle, denn die bloße Unterlassung der Repudiation könne nur den bisher pendenten Zustand verlängern, aber nicht zur Entscheidung bringen.

Dabei bliebe es aber doch auffallend, daß dieser Ausdruck bei Vermächtnissen so häufig, bei Erbschaften nie gebraucht wird. Es scheint dies gerade zu beweisen, daß eine positive Erklärung nicht erforderlich ist.

Wenn wir ferner nach l. 13 D. de solut. 46, 3 (Jul.) annehmen dürfen, daß die Repudiation sofort erfolgen muß, sobald ihre Voraussetzungen gegeben sind, und der Legatar den Anfall des Vermächtnisses erfahren hat, und daß er nur, — da in einigen Stellen[38]) von einem deliberare des Legatars die Rede ist — das Recht hat, sich in zweifelhaften Fällen eine Deliberationsfrist zu erbitten, so erklärt es sich einerseits, warum ein non repudiare die nämliche Wirkung äußert, wie ein

36) L. 33 D. de minor. 4, 4 (Aburn. Val.), l. 12 pr. D. de leg. 1 (Pomp.), l. 44 pr. D. eod. (Ulp.), l. 59 D. de leg. 2 (Ter. Clem.), l. 92 D. de cond. et dem. 35, 1 (Ulp.), l. 15 D. de reb. dub. 34, 5 (Marcian.), l. 64 D. de furtis 47, 2 (Nerat.).

37) Z. B. l. 86 § 2 D. de leg 1 (Jul.), l. 80 D. de leg. 2 (Papin.), l. 1 § 6 D. si quid in fraudem patroni 38, 5 (Ulp.), l. 15 D. de reb. dub. 34, 5 (Marcianus).

38) Z. B. l. 3 D. de serv. leg. 33, 3 (Marcellus), l. 15 D. de reb dub. 34, 5 (Marcianus).

agnoscere, nämlich Bewirkung eines unwiderruflichen Erwerbes, indem darin ein stillschweigendes oder fingirtes agnoscere gesehen wird, und andrerseits ergibt sich daraus, daß von einer Verlängerung des anfänglichen, auch nach Sabinianischer Ansicht pendenten Zustandes nach erfahrenem Erwerbe in der Regel nicht die Rede sein kann. In dieser Auffassung der angeführten Stellen werden wir noch bestärkt, wenn wir bedenken, daß es zum Theil Sabinianer sind, die so sprechen, wie Aburnius Valens, Terentius Clemens, Julian, Gajus, Pomponius.

Darin sieht nun Köppen[39]) den Beweis, daß schon zur Zeit dieser Juristen die Sabinianische Ansicht von ihrer eigenen Schule aufgegeben worden sei, „wie dies einer kaiserlichen Constitution gegenüber, nämlich der in Gajus II. § 195 aufgeführten, nicht anders sein konnte." Bedenkt man aber die Hartnäckigkeit, mit welcher die Schulen bei jeder Lehre an ihren Ansichten festhielten, und bedenkt man ferner den eigentlichen Inhalt jener kaiserlichen Constitution, so erscheint es rein unglaublich, daß ein Sabinianer, der zur Zeit der Erlassung jener Constitution lebte, dieser die Lehre seiner Schule sofort geopfert habe. Daß die Jurisprudenz den kaiserlichen Constitutionen gegenüber Kritik übte und mit Erfolg zuweilen Widerstand leistete, davon gibt ein Beispiel Ulp. XVII. § 2. Gajus sagt nun a. a. O.: Hodie ex D. Pii constitutione hoc magis jure uti videmur: ein höchst zweifelhafter Ausdruck, worauf Fitting a. a. O. S. 164 hinweist, — und hierauf führt er die Constitution wörtlich an, wie es fast scheint, um seinen Leser aufzufordern, er solle sich selbst seine Gedanken darüber machen, ob sich hieraus ein Argument für die Proculianische Ansicht hernehmen lasse. Auf den ersten Blick sieht man, daß eine Entscheidung jener Controverse darin eben ganz und gar nicht enthalten ist, denn von einem Decurionenbeschlusse über Annahme und Ablehnung eines Vermächtnisses konnte ebenso gut nach der Sabinianischen Lehre die Rede sein. Immerhin mag es sein, daß eine Zeit lang in Theorie und Praxis die Proculianische Lehre auf Grund jener Constitution die Ober-

39) a. a. O. S. 192. 194.

hand bekam: gewiß aber beeilten sich die Sabinianer nicht, sofort die Ansicht ihrer Schule aufzugeben.

§ 7.

Als Beweis für seine Behauptung, daß das Vermächtnißrecht ohne Agnition noch keinen Vermögenserwerb involvire, führt Köppen an, daß nach l. 6 pr. § 4 D. quae in fraudem credit. 42, 8 (Ulp.), l. 1 § 6 D si quid in fraudem patroni 38, 5 (Ulp.) eine Repudiation die actio Pauliana und Faviana nicht begründe, womit dann weiter im Einklange stehe, daß nach l. 5 § 14 D. de don. int. vir. et ux. 24, 1 (Ulp.), l. 5 § 5 D. de jure dot. 23, 3 (Ulp.) ein Ehegatte zu Gunsten des andern repudiiren könne, und der Vater durch Repudiation dotis constituendae causa keine dos profecticia bestelle.

Die angeführten Stellen sind schon Gegenstand mehrfacher Erörterung geworden, indem es sich darum handelt, ob in der Repudiation eine Veräußerung liege oder nicht. Wächter[40]) gibt zu, daß eine Veräußerung vorliege; die actio Pauliana werde aber deßhalb nicht begründet, weil die Handlung keine Veräußerung an eine andere Person sei. Dem steht aber entgegen, daß in den angeführten Stellen ausdrücklich ausgesprochen wird, es handle sich hier nicht um das Aufgeben eines erworbenen Vermögensrechtes, sondern um ein Nichterwerben.[41]) Ferner steht die actio Pauliana zu bei fraudulosem Nichtgebrauche und dadurch herbeigeführtem Verluste einer Servitut;[42]) und doch wird auch hierdurch kein Recht durch Veräußerung auf Dritte übertragen. Endlich wäre es nach der Wächter'schen Ansicht nicht abzusehen, warum nicht durch Repudiation zu Gunsten eines Ehegatten ebensogut eine condictio wegen Umgehung des Schenkungsverbotes entstehen sollte, wie z. B. beim Nichtgebrauche einer Servitut.[43])

Puchta, Pandekten § 539 und 541, fordert zum Erwerbe von Vermächtnissen keineswegs Agnition, und doch sagt er,

40) Handbuch des Württemberger Privatrechts. Bd. II S. 640 N. 20.

41) L. 6. l. 5 § 14 cit.

42) L. 4 D. quae in fraudem cred. 42, 8 (Paul.).

43) L. 5 § 6 D. de don. inter vir. et ux. 24, 1 (Ulp.).

wenn der Vater dotis nomine ein Legat aufgebe, bestelle er keine dos profecticia, weil dazu eine wirkliche Aufopferung, nicht bloßes Ausschlagen eines Gewinnes gehöre (Vorl. § 419).

Ferner sagt er in seinen Pandekten § 380 Note 6, Ausschlagen eines Erwerbes begründe die actio Pauliana nicht, und führt als Beweisstelle an l. 6 pr. § 1—5 D. quae in fraudem creditorum 42, 8. Weniger klar ist er in Bezug auf Schenkungen unter Ehegatten. Er sagt nur § 425 N. e, nicht ungiltig seien Gaben ohne Bereicherung oder ohne Minderung des Vermögens (l. 5 § 8—17 de don. inter vir. et ux. 24, 1). Dann bemerkt er (Vorl. ib.), wenn die Absicht und der Erfolg, sein Vermögen zu mindern und den Andern zu bereichern, nicht vorhanden sei, liege keine Schenkung vor, daher auch u. A. Ausschlagen eines Legates keine solche enthalte.

Savigny, System Band IV. S. 145, Not. o. p. zieht ebenfalls das Ausschlagen eines Legates deßhalb nicht unter die Veräußerungen, weil dadurch bloß die mögliche Vermehrung des Vermögens unterlassen, aber kein erworbenes Recht aufgeopfert werde. Die herrschende Ansicht über den Erwerb der Vermächtnisse berührt er nicht.

Wir müssen nun entweder annehmen, daß Savigny stillschweigend die herrschende Ansicht mißbilligt, und daß Puchta in § 541 nicht mehr wußte, was er in § 419 geschrieben hatte, oder daß Beide in dem Angeführten keinen Widerspruch mit der herrschenden Lehre von den Vermächtnissen sahen.

Daß hierin wirklich kein Widerspruch liegt, darauf weist Fitting a. a. O. S. 156 hin; denn auch nach Sabinianischer Ansicht trat ja definitiver Erwerb erst durch Agnition oder versäumte Repulsion ein; schlägt dagegen der Legatar rechtzeitig aus, tum perinde est, atque si legatum non esset: es sollen alle Wirkungen, die sich an jenen provisorischen Erwerb anknüpfen, vollständig vernichtet werden.[44])

Daher wird die Ausschließung der actio Faviana ausdrücklich darauf zurückgeführt, daß das Legat cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est.[45])

44) Gaj. II § 195. l. 36 pr. D. ad leg. Aqu. 9, 2 (Marcell.), l. 88 § 1 D. de leg. 1 (Pompon.).

45) L. 1 § 6 D. quae in fraud. patr. 38, 5.

Es sahen somit auch die Sabinianer und die ihrer Ansicht huldigenden späteren Juristen im Ausschlagen eines Vermächtnisses nicht eine Veräußerung, sondern ein Nichterwerben. Daß die Sabinianer die Sache so auffaßten, hat Fitting a. a. O. evident nachgewiesen, und es genügt darauf hinzuweisen, daß in l. 6 § 4. l. 1 § 6. l. 5 § 5 cit. ausdrücklich Julian citirt wird.

Für diese Auffassung sprachen auch gewichtige innere Gründe. Wenn gleich nämlich das Vermächtnißrecht keinen familienartigen Charakter besitzt, so läßt sich doch nicht läugnen, daß es untrennbar ist von den persönlichen Verhältnissen des Erblassers zum Honorirten, und deßhalb forderte man bei Vermächtnissen, wie bei Erbschaften, möglichste Wahrung einer freien Willensbestimmung für den Honorirten. Hätte man aber die Repudiation als Veräußerung behandelt, so hätte man einem insolventen Legatare die Hände gebunden, und es bedürfte nur der Substitution des Ehegatten, um den Legatar zu nöthigen, eine ihm aus Gehässigkeit gemachte noch so kleine Zuwendung unter der lästigsten Auflage zu behalten.

In einer Stelle wird allerdings die Repudiation eines Vermächtnisses alienatio genannt und als solche behandelt, nämlich in l. 5 § 8 D. de rebus eorum 27, 9 (Ulp.): **Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat.**

Wie Köppen a. a. O., Not. 169, diese Stelle als Beweis für den Satz anführen kann, daß der Vormund zur Repudiation keines Alienationsdecretes bedürfe, und der Mündel selbst nur deßhalb dazu unfähig sei, weil ihm über alle, nicht bloß über seine Vermögensrechte, die Disposition entzogen sei, vermag ich nicht einzusehen. Auch ist es unmöglich, daß der Ausdruck res, wie Köppen will, in dem weiten Sinn der l. 5 pr. D. de V. S. 50, 16 gebraucht ist, denn nach der oratio Severi, die für Ulpian allein maßgebend sein konnte, war nur zur Veräußerung von Grundstücken, welche im Mündelvermögen sind, ein Alienationsdecret nöthig, und erst Constantin verallgemeinerte diese Vorschrift durch l. 22 Cod. de

admin. tut. 5, 37. Da nun ein Alienationsdecret in der l. 5 § 8 cit. gefordert wird, so beweist diese Stelle schlagend, daß Ulpian von der Sabinianischen Ansicht ausging, wonach der Legatar zu der Zeit, wo Repudiation möglich ist, das Eigenthum schon erworben hat.

Hier betrachtet Ulpian also die Repudiation eines Legates als wirkliche Sachveräußerung. Halten wir damit zusammen, daß er in den von ihm herrührenden oben angeführten Stellen lediglich ein Nichterwerben darin erblickt, so ist dies ein Beweis, daß er zwar der Sabinianischen Ansicht huldigte, aber die Grundsätze über Veräußerungen auf die Repudiation regelmäßig nicht anwendete.

Nur bei der Repudiation eines Pupillen macht er eine Ausnahme. Der Grund hiervon ist in dem Bestreben zu suchen, durch Interpretation der oratio Severi das Interesse der Unmündigen möglichst zu wahren. Es ist dies um so erklärlicher, da die oben angeführten inneren Gründe, welche ein Ausschließen der meisten Grundsätze über Veräußerung forderten, in diesem Falle nicht in so hohem Grade hervortraten, oder doch auch bei der Nothwendigkeit eines Veräußerungsdecretes ihre gebührende Berücksichtigung finden konnten. Wollte man die Idee eines Legates, als einer von dem Erblasser aus Wohlwollen gemachten Vermögenszuwendung aufrecht erhalten, so mußte, wie oben ausgeführt, eine Repudiation in manchen Fällen zugelassen werden, wo eine sonstige Veräußerung unstatthaft gewesen wäre, und man gestattete daher unbeschränkte Dispositionsfreiheit, was man durch die Erwägung rechtfertigte, daß im Grunde genommen ja doch nur ein Nichterwerben vorliege. Das Interesse eines Pupillen gestattete eine solche Freiheit nicht, und hier verlangte man eine vorgängige obrigkeitliche causae cognitio, indem man ein Alienationsdecret forderte.

Daß man den gegebenen Fall nach der Sabinianischen Lehre — und nur nach dieser — unter die oratio Severi ziehen konnte, bedarf keiner Rechtfertigung.

§ 8.

Köppen a. a. O. S. 196 führt als Beweis seiner Ansicht an die l. 38 § 1 D. de leg. 1 (Pompon.): Si lega-

tum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit, et ideo dicimus, nec confusas servitutes, si forte praedium mihi legatum praedio meo debuerit servitutes, et integra furti actio manebit, si servus legatus sit (ei) cujus nomine furti agere poterit legatarius; — denn ginge das Eigenthum ipso jure auf den Legatar über, ſo könnte nur von einer Reſtitution der Servituten und der actio furti die Rede ſein, gerade ſo wie in l. 70 pr. D. de leg 1 (Gaj.), l. 116 § 4 D. eod. (Florent.) beim Damnationslegat. Daß dieſe Sprechweiſe keinen ſo ſchlagenden Beweis liefert, wie Köppen meint, geht aus folgender Stelle von Papinian hervor: l. 57 pr. D. de ususfructu 7, 1: Dominus fructuario praedium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit, idque praedium, aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui caussam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est: mansisse fructus jus integrum ex post facto apparuit.

Wenn ein Nießbraucher zufolge eines Teſtamentes, das vollkommen giltig iſt, als inofficios aber nachher umgeſtoßen wird, die Sache, an welcher er den Nießbrauch hatte, erworben hat, ſo mußte dieſer conſolidirt ſein. Dennoch ſagt Papinian, wenn das Teſtament umgeſtoßen werde, mansisse fructus jus integrum apparuit.

Die angeführte Sprechweiſe deutet eben auf die völlige Wiederherſtellung eines Zuſtandes, wie er vor einem beſtimmten Ereigniſſe war, geradeſo, als ob dieſes nie eingetreten wäre, und zwar eine Wiederherſtellung, die ſich ipso jure vollzieht, ohne daß es eines beſonderen Reſtitutionsaktes bedarf. Daraus erklärt ſich auch, warum eine ſolche Ausdrucksweiſe beim Damnationslegat unſtatthaft geweſen wäre.

Ganz in derſelben Weiſe, wie Papinian in l. 57 cit., drückt ſich Scävola in l. 21 § 2 D. de inoff. testam. 5, 2 aus.

Es iſt ſchon oben (§ 2) berührt worden, daß behauptet wird, ſchon der Begriff einer Repudiation ſchließe einen ipso jure ſtattfindenden Erwerb aus, wie ſich aus l. 1 § 7 de succ. ed. 38, 9 (Ulp.) ergebe. Es müßte befremden, wenn Ulpian,

der doch, wie ſich aus dem Bisherigen ſchon ergibt und unten noch entſchiedener bewieſen werden ſoll, der Sabinianiſchen Anſicht huldigt, in der angeführten Stelle ſich einen derartigen Widerſpruch zu Schulden kommen ließe. Allein man gibt der Stelle einmal zu allgemeine Bedeutung. Sie handelt von der bonorum possessio decretalis. Zum Erwerb jeder bonorum possessio ſind zwei Dinge nöthig: ein Delationsgrund und der auf den Erwerb gerichtete, erklärte Wille des Delaten. Bei der bonorum possessio edictalis iſt das Verhältniß ganz wie beim heres voluntarius. Die Delation iſt etwas rein Objectives; erſt wenn das ſubjective Moment hinterher hinzukommt, erfolgt die Adquiſition. Anders bei der b. p. decretalis. Hier ſetzt ſchon die Delation eine Willenserklärung voraus. Dieſe iſt aber natürlich noch nicht bindend, da jede bindende Willenserklärung über Annahme einer letztwilligen Zuwendung deren Delation vorausſetzt, welche erſt durch das Decret erfolgt. Weil nun die Delation vom Willen desjenigen abhängt, dem deferirt werden ſoll, rechtfertigt es ſich, anzunehmen, daß derjenige, welcher es bis zur Delation kommen läßt, auch im Momente derſelben den Willen habe, zu adquiriren; es wird angenommen, daß in dem fortdauernden Willen bezüglich der Delation die im Momente der letzteren bindende Willenserklärung bezüglich der Adquiſition liege. Es verbinden ſich ſomit die beiden Vorausſetzungen der letzteren, Delation und Wille, im Momente der Delation, und die Adquiſition fällt daher mit dieſer zuſammen.

Dieſe Grundſätze liegen der Entſcheidung Ulpian's zu Grunde, wenn er ſagt, eine Repudiation der b. p. decretalis gebe es nicht: vor dem Decrete, weil die Delation noch nicht erfolgt iſt; nach demſelben, weil ſich die Adquiſition damit verbindet, eine erworbene b. p. aber nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, es ſei denn durch Reſtitution. Seine Entſcheidung beruht ſomit auf der Natur der Sache, nicht auf der Bedeutung des Wortes repudiare, und gewiß wollte er dadurch nicht die Möglichkeit eines ipso jure ſtattfindenden Erwerbes negiren.

## § 9.

Es ist im Bisherigen der Nachweis der Unhaltbarkeit der von Köppen für seine Ansicht beigebrachten Gründe versucht worden; es erübrigt nun noch, positive Beweise für die spätere Herrschaft der Sabinianischen Ansicht beizubringen.

Viele der Stellen, die Fitting a. a. O. S. 164 ff. für seine Ansicht anführt, scheinen mir nun allerdings nicht so beweiskräftig zu sein, als Fitting annimmt: werden sie ja zum Theil von Köppen für seine Ansicht benutzt.[46])

Entschieden für die Reception der Sabinianischen Ansicht spricht aber l. 8 D. de reb. cred. 12, 1 (Pompon.), vorausgesetzt, daß wir, wie oben § 5 ausgeführt wurde, annehmen dürfen, daß die Annahme der Proculianer, vor der Erklärung des Legatars sei weder der Erbe noch der Legatar Eigenthümer der legirten Sache, nicht recipirt ist. Pomponius sagt: **Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex postfacto confirmetur**; und führt hievon ein Beispiel an: es gibt Jemand einem Andern Geld, das aber erst mit Eintritt einer Bedingung sein Eigenthum werden soll: er meint also ein suspensiv bedingtes Darlehen. Hierauf fährt er fort: Item — also ganz derselbe Fall — **si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eum noluit ad se pertinere.** Pomponius spricht hier natürlich vom Sabinianischen Standpunkte aus, und danach liegt natürlich ein suspensiv bedingtes Darlehen vor; ein Gleiches gilt nach der Proculianischen Lehre, wie wir sie aus Gajus kennen. Da wir aber nach dem in § 5 Ausgeführten annehmen dürfen, daß, wenn auch die Pro-

46) Ich rechne darunter l. 17 § 1 D. ad leg. Aqu. 9, 2 (Ulp.), l. 34 36 D. eod. (Marcell.), l. 8 § 11 D. quib. mod. pignus 20, 6 (Marcianus), l. 5 § 14 D. de don. inter vir. et ux. 24, 1 (Ulp.), l. 9 D. de usu et usufr. 33, 2 (Ulp.), l. 91 § 6 D. de leg. 1 (Jul.), l. 107 § 1 D. eod. (Afric.), l. 6 § 4 D. quae in fraudem credit. 42, 8 (Ulp.), l. 2 D. de manum. 40, 1 (Ulp.); ferner — wenn man nicht das als Beweis für die Sabinianische Ansicht gelten lassen will, daß nur ein non repudiare gefordert wird (vgl. ob. § 5) l. 44 § 1 D. de leg. 1 (Ulp.), l. 1 § 6 D. si quid in fraud. patr. 38, 5 (Ulp.), l. 15 D. de reb. dub. 34, 5 (Marc.). Alle diese Stellen lassen sich im Proculianischen Sinne deuten.

culianische Lehre bezüglich der Nothwendigkeit der Agnition recipirt wäre, nach justinianischem Rechte bis zur Agnition der Erbe Eigenthümer wäre, so beweist gegenwärtige Stelle die Reception der Sabinianischen Ansicht, wonach das Eigenthum ipso jure übergeht, indem sonst nicht von einem suspensiv, sondern von einem resolutiv bedingten Darlehen die Rede sein könnte.

Das nämliche Argument läßt sich aus l. 31 D. de testam. milit. 29, 1 (Marcellus) cf. l. 3 D. de manum. vind 40, 2 (Ulp.) und l. 80 D. de leg. 2 (Papin.) herleiten.

Einen entschiedenen Beweis für die Reception der Sabinianischen Lehre liefert ferner l. 91 § 6 D. de leg. 1 (Jul.), l. 69 pr. D. eod. (Gajus) und l. 19 § 1 D. quemadmodum servitus amitt. 8, 6 (Pompon.), welche letztere Stelle Köppen ausdrücklich als eine nicht zu beseitigende anerkennt.

Hieraus geht zugleich — da diese Stellen von Sabinianern herrühren — hervor, daß diese nicht, wie Köppen meint, die Ansicht ihrer eigenen Schule aufgegeben haben.

Die Reception der Sabinianischen Lehre läßt sich nur daraus erklären, daß dieselbe in späterer Zeit die herrschende wurde, und daß dies der Fall war, ergibt sich zweifellos aus folgender Stelle von Ulpian: l. 1 § 1 D. de usufr. adcresc. 1, 2: **Denique apud Julianum libro XXV. Digestorum quaeritur: si communi servo ususfructus sit relictus et utrique domino adquisitus, an altero repudiante vel amittente usumfructum alter totum habeat? Et putat ad alterum pertinere.**

Diese Stelle mag zugleich den Beweis über die Reception der Sabinianischen Ansicht vervollständigen. Auch ergibt sich aus ihr, daß auch etwas Erworbenes wohl repudiirt werden kann.

Dem gegenüber wird es unhaltbar und unnöthig zugleich erscheinen, die l. 16 § 1 D. qui testam. facere poss. 28, 1 (Pompon.) und l. 24 pr. D. de O. et A. 44, 7 (Pompon.) auf die gezwungene Weise zu erklären, wie es Köppen in dem seiner Abhandlung beigefügten Nachtrage thut; umsomehr, als es m. E. allerdings denkbar wäre, das durch den dies cedens zur Erwerbung kommende Recht durch den allgemeinen Ausdruck petitio oder selbst actio zu bezeichnen, unmöglich aber,

wie in der ersten Stelle, von dem Erwerbe, einer actio personalis die Rede sein kann, wo noch keine solche existirt, und unmöglich, wie in der l. 24 cit., dem Erwerbe der condictio mutui, der actio furti und legis Aquiliae der Erwerb einer noch gar keinen Vermögenserwerb involvirenden sog. actio an die Seite gestellt werden und was von jenen gesagt wird, auch auf diese angewendet werden kann: ex hisdem etiam furiosi nomine incipit agi posse.

Ist aber die Köppen'sche Erklärung dieser Stellen nicht richtig, so beweisen sie evident die Reception der Sabinianischen Ansicht.

Das Nämliche ist der Fall mit l. 13 § 3 D. ad leg. Aqu. 9, 2 (Ulp.), wenn man die florentinische Lesart mit non, welche durch die Basiliken (*εἰ μὴ μετὰ τὴν ἀναίρεσιν*) unterstützt wird, annehmen, und die Stelle auf folgende Weise erklären darf. Si non steht in der Bedeutung von etsi non und die Stelle will sagen, der Legatar habe die persönliche Klage, auch wenn er eine ausdrückliche Agnition nicht vorgenommen hat. Man sollte dann freilich statt der Worte: „post mortem servi" erwarten: „post aditam hereditatem"; allein dies läßt sich leicht dahin erklären: der Jurist denkt sich die Tödtung so schnell auf den Antritt folgend, daß zwischen diesem und jenem Zeitpunkte die Agnition nicht wohl stattfinden konnte. In den Worten: „quod si repudiavit" liegt dann ein entsprechender Gegensatz zu den Worten si non — legatum. Dieser Auslegung steht aber allerdings einigermaßen der Umstand entgegen, daß si nur sehr selten in der Bedeutung von etsi steht, und dann den Conjunctiv zu regieren pflegt, und daß die Frage, ob Accept nöthig ist, dem Zwecke dieser Stelle fast allzu ferne liegt, um die Vermuthung zuzulassen, es sei hierin eine ausdrückliche Entscheidung enthalten. Daher mag es dahin gestellt bleiben, ob jene Erklärung die richtige ist.

Den oben angeführten, unzweifelhaft die Sabinianische Ansicht bekundenden Stellen scheint die l. 13 D. de condic. instit. 28. 7 (Julianus) entgegenzustehen, indem sie eine positive Acceptation zu fordern scheint. Aber schon der Umstand, daß sie von einem Sabinianer herrührt, führt darauf, daß sie nicht

den Sinn haben kann, welche die Worte auf den ersten Blick zu geben scheinen. Die Frage, mit welcher sich Julian beschäftigt, ist die: liegt in der Erfüllung einer gesetzten Potestativbedingung eine die nachfolgende Repudiation ausschließende Erklärung über die Annahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses?

Er verneint diese Frage, da man jene Handlung auch in ganz anderer Absicht vornehmen kann, und verlangt eine unzweideutigere Willensäußerung. Die angeführte Sprechweise läßt sich dadurch erklären, daß der Jurist, dem es nur um obige Frage zu thun ist, für Erbschaften und Vermächtnisse gemeinsam einen Ausdruck gebraucht, der eigentlich nur auf jene paßt.

Es kann dieß um so weniger auffallen, wenn man bedenkt, daß ja auch nach Sabinianischer Ansicht zu unwiderruflichem Erwerbe noch eine positive oder negative Handlung des Legatars, Agnition oder versäumte Repudiation (§ 5), gehört.

## § 10.

Es hat sich nun aus dem Bisherigen ergeben, daß der dies cedens noch keinen Vermögenserwerb involvirt, sondern nur ein der Erbschaftsdelation ähnliches Recht gewährt, das sich aber, anders als bei Erbschaften, hinterher von selbst in ein Vermögensrecht verwandelt. Auch unterscheidet es sich von der Erbschaftsdelation dadurch, daß vorerst die Erklärung über Annahme und Ablehnung unverbindlich, vielmehr hiezu der Zeitpunkt der Geltendmachung nöthig ist.[47])

Fragen wir uns nach dem Grund der letzteren Bestimmung, so dürfte die Antwort kaum befriedigend ausfallen. Der Grund, warum eine Erklärung des Vermächtnißnehmers post diem cedentem ante diem venientem keine Wirkung äußert, kann nur in der Unsicherheit liegen, in welcher das Vermächtniß objectiv schwebt; dies Princip ist aber in l. 45 cit. nicht richtig durchgeführt; richtiger wäre es, zu sagen, die Acceptserklärung kann nicht vor Existenz einer allenfallsigen Bedingung und

47) L. 45 § 1 D. de leg. 2 (Pompon.).

nicht vor dem Erbschaftsantritte erfolgen; denn sind diese Zeitpunkte eingetreten, so wird die Existenz des Vermächtnisses durch einen noch nicht eingetretenen dies in keiner Weise ins Ungewisse gestellt.[48]) Nichtsdestoweniger fordert die l. 45 cit. auch dessen Eintritt zu einer giltigen Repudiation. Wollte man auch die l. 45 nur auf Vindicationslegate beziehen und sagen, dieselbe fordere zu einer bindenden Acceptserklärung nur Erwerb eines Vermögensrechtes durch das Legat, der freilich beim Vindicationslegat nicht ante diem venientem eintrat, so würde zwar für das heutige Recht daraus gefolgert werden können, daß bei allen Vermächtnissen der Zeitpunkt des Erbschaftsantrittes hinreichend für die Erklärung der Annahme, und daß die l. 45 cit. antiquirt sei, da bei allen Vermächtnissen ein Vermögensrecht, die persönliche Forderung gegen den Onerirten, mit dem Antritt entstehe. Allein es bliebe hierbei stets die Frage unbeantwortet, warum der Uebergang in ein Vermögensrecht gefordert wird. Zudem wäre es immerhin fraglich, ob dieser Uebergang ante diem venientem erfolgt, da es eine noch nicht erledigte Streitfrage ist, ob bei einer obligatio in diem die obligatio jetzt schon besteht, und nur das praestare debere hinausgeschoben ist, oder ob vorher noch gar kein Recht als bestehend anzunehmen ist.[49])

Unter diesen Umständen kann man wohl nur in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht und dem klaren Wortlaute der l. 45 cit. annehmen, daß zu einer bindenden Acceptation oder Repudiation der dies veniens nothwendig ist.

## § 11.

Der Grund, daß der Anfall des Vermächtnisses (vgl. § 3) an den dies cedens geknüpft wird, ist Sicherung des Legatars

48) L. 9 § 2 D. quemadmod. usufruct. cav. 7, 9.

49) So sagt auch in neuester Zeit Windscheid, Lehrbuch. § 96, Anm. 3 u. 5, vor dem dies sei eine rechtliche Wirkung des Hauptgeschäftes überhaupt nicht vorhanden, das befristete Recht bestehe nicht, ausgenommen bei einem pactum de non petendo in tempus — und unterstützt diese Ansicht durch eine Reihe von Gesetzesstellen, sieht sich aber allerdings wegen ebenso deutlicher gegentheiliger Stellen genöthigt, die entgegengesetzte Ansicht wieder durch die Hinterthüre hereinzulassen.

gegen Willkür von Seite des Erben.[50]) Um diesen Zweck zu erreichen, muß aber auch die Gültigkeit und Wirksamkeit des Vermächtnisses zum Theil nach diesem Zeitpunkte beurtheilt werden.

Diese Beziehungen sind namentlich: die Frage nach der testamenti factio des Honorirten; ferner, ob er für sich oder für einen Andern, und für wen[51]) er erwirbt,[52]) endlich die Frage, ob der vermachte Gegenstand ihm schon gehört oder nicht.

Bei Erbschaften, wo eine chicaneuse Verzögerung durch einen Dritten nicht möglich ist, richtet sich im Gegensatz hiezu die Frage, für wen erworben wird, nach dem Zeitpunkte des Antrittes.

Die Frage, ob eine Verpflichtung zur Auszahlung zwischen dem Onerirten und Honorirten möglich ist, richtet sich dagegen stets, den dies cedens vorausgesetzt, nach dem Zeitpunkte des Erbschaftsantrittes, als der verpflichtenden Thatsache, dem Entstehungsgrunde des Quasicontractes, weil vorher eben kein Verpflichteter vorhanden ist.[53])

Diese Grundsätze[54]) sind sodann auch für die regula Catoniana maßgebend. Danach kann sich im Voraus die Ungültigkeit des Vermächtnisses herausstellen, nämlich in dem Gai. II. § 244 und § 32. I. 2, 20 angeführten Falle, wenn derjenige, welcher das Vermächtniß durch eine persona subjecta erwirbt, zugleich die Person ist, welche unter allen Umständen das Vermächtniß zu entrichten hat: wenn nämlich der

50) Regelsberger a. a. O. S. 116.

51) L 18 D de R. J. 50, 17 (Pompon.), l. 5 Cod. de condic. insertis 6, 46 (Dioclet et Maxim.).

52) L. 114 § 11 D. de leg. 1 sagt deßhalb, eine Auszahlung vor Eintritt des dies cedens sei unstatthaft, während die l. 12 Cod. de fideic. 6, 42 eine solche zuläßt. Die l. 114 ist daher nur von dem vorwürfigen Falle zu verstehen, wenn der Legatar zu der Zeit, wo ausgezahlt werden will, in aliena potestate ist; auf ein späteres Unterwerfen des jetzt selbständigen Legatars unter fremde Gewalt wird keine Rücksicht genommen, da hiedurch sein Vermögen ohnehin an den neuen Gewaltherrn kommt. L. 114 bildet somit eine Ausnahme zu der in l. 12 cit. enthaltenen Regel.

53) Vgl. l. 46 D. de condic. et dem. 35, 1 (Paulus).

54) Dieselben sind anerkannt in Gaj. II. § 244. 245. Ulp. XXIV. § 23. 24, ferner § 32, 33. I. de leg. 2, 20.

Honorirte in der Gewalt des Onerirten ſteht.[55]) Denn, wie ſich auch der status des Honorirten bis zum Erbſchaftsantritt ändern mag, das Vermächtniß bleibt bei ſeinem Gewalthaber. Mit Rückſicht auf die regula Catoniana macht ein ſolches Verhältniß zwiſchen dem Onerirten und Honorirten das Vermächtniß auch ungültig, wenn es nur zur Zeit der Teſtamentserrichtung beſtand.[56]) Dieſe abſolute Ungiltigkeit der Vermächtniſſe aus dem angeführten Grunde ſetzt aber, wie geſagt, voraus, daß derjenige, welcher das Vermächtniß durch eine persona subjecta erwirbt, zugleich diejenige Perſon iſt, welche unter allen Umſtänden das Vermächtniß zu entrichten hätte, und hat lediglich hierin ihren Grund. Es iſt dies aber nur der Fall, wenn der Onerirte der einzige eingeſetzte Erbe iſt, keine Subſtitution angeordnet, und dem Teſtament nicht die Codicillarclauſel beigefügt iſt. Wenn aber durch die Repudiation von Seite des Onerirten die Erbſchaft an deſſen Miterben, Nacherben oder Inteſtaterben kommt, ſo ſind dieſe, (letztere unter der Vorausſetzung, daß dem Teſtament die Codicillarclauſel beigefügt iſt) gewiß zur Entrichtung verpflichtet.

Genau genommen kann man aber ſogar in dem Falle, wenn der Onerirte der einzige Erbe iſt, keine Subſtitution angeordnet und dem Teſtamente die Codicillarclauſel nicht beigefügt iſt, nicht im Voraus abſolute Ungiltigkeit des Vermächtniſſes behaupten; denn wenn die Erbſchaft als erblos an den Fiscus kommt, muß dieſer das Vermächtniß an den Honorirten entrichten; ferner, wenn vermöge der transmissio Theodosiana die Erbſchaft an die Kinder des Onerirten kommt, welche ſeine Erben nicht geworden ſind — vorausgeſetzt, daß die Anſicht, wonach dies möglich ſei, richtig iſt — ſo würden ohne Zweifel die Kinder des Onerirten zur Entrichtung des Vermächtniſſes an ſeine Erben angehalten werden können.

Es iſt daher auch in Gai. II. § 244 und § 32 I. de leg. 2, 20 die Anwendung der regula Catoniana auf den Fall zu beſchränken, wenn der beſtimmte Onerirte oder durch Trans-

55) Vgl. l. 4 Cod. de leg. 6, 37.
56) S. die Stellen in Note 54.

missiion dessen Erbe auch wirklich die belastete Portion hinterher erwirbt. Diese Restriction versteht sich gewissermaßen von selbst, wenn einerseits überhaupt von einer Anwendung der **regula Catoniana** im gegebenen Falle die Rede sein, und anderseits das Vermächtniß nicht auch dann als ungültig angesehen werden soll, wenn ein Erbe eintritt, der zum Honorirten in einem Gewaltverhältniß weder steht, noch je gestanden. Daß sie von Gajus und den Verfassern der Institutionen nicht ausgesprochen wird, erklärt sich daraus, daß es ihnen in den angeführten Stellen bloß darum zu thun war, die Ansicht zurückzuweisen, als ob wegen späterer Manumission oder Emancipation des Honorirten der eingesetzte Erbe verpflichtet würde.

Anders ist es im Falle von Gai. II. § 245, I. l. c. § 33[57]), wenn nämlich der Onerirte in der Gewalt des Honorirten steht, weil sich die Frage, für wen die Erbschaft erworben wird, nach dem Zeitpunkte des Antrittes richtet. Liegt nun zwischen dem **dies cedens** und dem Antritte eine bestimmte Zeit, so kann die Ungiltigkeit, auch unter der Voraussetzung, daß der bestimmte Onerirte antritt, nicht im Voraus behauptet werden, denn der Onerirte **potest emancipatus adire**. Daher ist auch die **Catoniana** nicht anwendbar, denn man weiß regelmäßig nicht, wann der Onerirte angetreten haben würde, und welches sein **status** zur Zeit des Antrittes gewesen wäre, wenn der Testator sofort gestorben wäre.

Wenn nun der Grund hiervon in dem „**Potest emancipatus adire**“ liegt, so folgt hieraus, daß eine absolute Ungiltigkeit im Voraus angenommen werden kann, und die **Catoniana** anwendbar ist, wo das „**Potest emancipatus adire**“ wegfällt. Dies findet aber in einem Falle statt, wenn nämlich ein Enkel als testamentarischer **suus**, sog. **suus mediatus**, eingesetzt ist und ihm zu Gunsten seines Vaters, oder einer Person, welche sich in dessen Gewalt befinden würde, wenn er

57) Ebenso Ulp. XXIV. § 24 nach der richtigen Lesart ohne „non.“ Auch unter Beibehaltung der Negation kommt man zu einem ähnlichen Ergebniß, wenn man die Lesart nach Huschke (**Jurisprud. Antejustin. quae supersunt p. 492**) annimmt.

selbst gewaltfrei wäre, Vermächtnisse auferlegt sind. Besteht dieses Gewaltverhältniß zur Zeit des Todes des Testators, so ergibt sich sofort die Ungiltigkeit des Vermächtnisses. Besteht es zwar jetzt nicht mehr, es bestand aber zur Zeit der Testamentserrichtung, so greift die **regula Catoniana** Platz, weil hier der Zeitpunkt bestimmt ist, in welchem der Onerirte Erbe wird, wenn er überhaupt als solcher auftritt, und er in diesem Zeitpunkte die Erbschaft für denjenigen, an welchen das Vermächtniß zu entrichten ist, erworben haben würde.

Dabei wird freilich immer vorausgesetzt, wie oben entwickelt, daß der Onerirte als **suus** oder als **emancipatus** wirklich Erbe wird, beziehungsweise bleibt. Abstinirt er, oder schlägt er als **emancipatus** aus, und es treten in Folge dessen Mit-, Nach- oder Intestaterben in seine Portion ein, so bleibt — letzterenfalls natürlich nur unter der Voraussetzung, daß das Testament nicht ganz zusammenfällt — das Vermächtniß giltig, abgesehen von der Ungiltigkeit der Singularvermächtnisse bei Abstinenz des einzigen oder sämmtlicher Testamentserben, welche hiemit in keinem Zusammenhange steht. [58])

Ist ein Legatar onerirt, so ist das Vermächtniß ungiltig, wenn der Honorirte zur Zeit des Todes des Testators oder der Testamentserrichtung in der Gewalt des Onerirten steht. Daß der **dies cedens** für das Vermächtniß des Letzteren schon gekommen sei, ist natürlich hierzu nicht erforderlich, noch weniger kommt es auf den Antritt der Erbschaft oder Eintritt eines allenfallsigen **dies** an.

In gleicher Weise ist das Vermächtniß ungiltig und die **Catoniana** anwendbar, wenn ein Vermächtnißnehmer onerirt ist, welcher in der Gewalt des Honorirten zur Zeit des Todes des Testators steht oder gestanden haben würde, wenn derselbe sofort nach der Testamentserrichtung gestorben wäre, weil die Zeit der für den Anfall maßgebenden Thatsache, die Zeit des **dies cedens**, über die Frage entscheidet, für wen erworben wird, und sich in diesem Falle herausstellt, daß Recht und Verpflichtung in einer Person zusammentreffen, da der Erwerb des

58) L. 1 § 4 D ut in poss leg. 36, 4.

onerirten Vermächtnisses für die Verpflichtung zur Uebernahme des onus maßgebend ist.

Im letzteren Falle ergibt sich zugleich das eigenthümliche Resultat, daß die Anwendung der regula Catoniana durch eine für das Vermächtniß des Onerirten gesetzte Bedingung ausgeschlossen wird, denn in diesem Falle findet das „potest emancipatus adire“ in Gai. II. § 245 analoge Anwendung, und es kommt auf das Verhältniß zwischen dem Onerirten und Honorirten zur Zeit der Existenz der Bedingung an. Ist zu dieser Zeit das Gewaltverhältniß aufgelöst, so ist das Vermächtniß giltig.

Ist das Vermächtniß des Honorirten bedingt, so kann ohnehin von einer Anwendung der regula Catoniana keine Rede sein, und es erscheint das Verhältniß zwischen dem Onerirten und Honorirten zur Zeit des Eintrittes der Bedingung maßgebend.

Sind beide Vermächtnisse bedingt, so ist selbstverständlich die regula Catoniana ausgeschlossen, und es kommt darauf an, ob mit Rücksicht auf die Zeit des Anfalles beider Vermächtnisse Recht und Pflicht in Einer Person zusammentreffen.

Wo in den angeführten Fällen von der Anwendung der regula Catoniana die Rede ist, wird, wie oben ausgeführt, immer vorausgesetzt, daß der Onerirte, dessen Verhältniß zum Honorirten das Vermächtniß ungiltig macht, das onerirte Vermächtniß wirklich hinterher erwirbt; repudiirt er, und sein Vermächtniß kommt mit der Belastung an den Collegatar, Substituten oder den belasteten Erben, so ist und bleibt das Vermächtniß giltig.

Wenn der Onerirte und Honorirte beide in der gemeinsamen Gewalt eines Dritten stehen, so finden die eben entwickelten Grundsätze eine etwas modificirte Anwendung. Ist nämlich ein Erbe onerirt, so kann von einer Anwendung der regula Catoniana ohnehin keine Rede sein: potest emancipatus adire; es kommt bei der Frage nach der Giltigkeit auf den Zeitpunkt des Antrittes an. Eine Ausnahme findet statt, wenn der Erbe als sog. suus mediatus eingesetzt ist, wo also, wie oben ausgeführt, das „potest emancipatus adire“ wegfällt.

Ist ein Legatar onerirt, und beide Vermächtnisse unbedingt, so ist das Vermächtniß des Honorirten ungiltig, und die Catoniana

findet Anwendung, so daß das Vermächtniß auch dann als ungiltig erscheint, wenn zur Zeit des Todes des Testators der Onerirte, oder der Honorirte, oder Beide emancipirt, beziehungsweise manumittirt sind. Ist das eine oder andere Vermächtniß bedingt, so findet die **regula Catoniana** keine Anwendung. Ist nämlich das Vermächtniß des Honorirten bedingt, so folgt dies aus l. 4 D. **de reg. Caton.** 34, 7 (Ulp.). Wenn dagegen das Vermächtniß des Onerirten bedingt ist, so findet das „**potest emancipatus adire**“ analoge Anwendung. Das Nämliche findet statt, wenn beide Vermächtnisse bedingt sind, und es kommt in diesem, wie in jenem Falle lediglich darauf an, ob schließlich Berechtigung und Verpflichtung in Einer Person zusammentreffen.

Die zuletzt angeführten Anwendungen der in Gaj. II. § 244 und 245, Ulp. XXIV. § 23 u. 24, § 32 u. 33 I. **de leg.** 2. 20 ausgesprochenen Grundsätze sind allerdings meines Wissens nirgends ausdrücklich hervorgehoben, nichts destoweniger wird ihre Richtigkeit kaum bezweifelt werden können. Die Frage über die Anwendbarkeit der **regula Catoniana** auf ein onerirtes Vermächtniß konnte von den in den Digesten excerpirten Juristen nicht aufgeworfen werden, da dieselbe überhaupt auf Fideicommisse unanwendbar war, was heutzutage weggefallen ist.[59])

## § 12.

Um nun zu der dritten der in § 1 aufgeworfenen Fragen zu gelangen, so ist nur ein Punkt hervorzuheben, welcher nicht genug hervorgehoben zu werden pflegt. Die Sicherung des Vermächtnißnehmers nämlich (s. § 11 a. A.), zum Theil auch billige Rücksicht auf den Erben verlangt, daß das Vermächtniß in gewissen Beziehungen, sowohl was seine Voraussetzungen, als seine Wirkungen betrifft, **unabhängig vom dies cedens** nach dem Zeitpunkte des Todes beurtheilt wird.

Zum Vortheil des Erben dient namentlich die Bestimmung,

---

59) **Puchta**, Vorlesungen. § 522.

daß vom Zeitpunkte des Todes der Legatar die Gefahr der legirten Sache trägt.[60])

Zur Sicherung des Legatars richten sich namentlich folgende Punkte nach diesem Moment:

1) Der Ort der Entrichtung; nur wenn eine Translation sine dolo stattgefunden hat, darf an einem anderen Orte entrichtet werden.[61])

2) Eine Sache muß — abgesehen von casus (Not. 60) — in dem Zustande geleistet werden, in welchem sie sich zur Todeszeit befindet;[62]) auch kommt es bei der Frage, ob die Sache unter den Begriff fällt, unter welchen sie gehörte, als das Vermächtniß errichtet wurde, lediglich auf den Zeitpunkt des Todes an, unabhängig von inzwischen vorgenommenen, aber wieder beseitigten Veränderungen.[63])

3) Begriffsganze müssen geleistet werden, wie sie sich beim Tode vorfinden.[64])

4) Der Fall der l. 89 § 1 D. de leg. 2. (Papin.).

5) Der Legatar hat beim Vermächtniß einer Gattungssache die Wahl zwischen den zur Todeszeit in der Erbschaft vorhandenen Stücken.[65])

6) Endlich gehört hieher, daß es sich auch bei bedingten Vermächtnissen lediglich nach dem Zeitpunkte des Todes richtet, ob ein legirtes dingliches Recht zur Erbschaft gehört, oder einem Dritten zusteht, ob somit unmittelbarer oder mittelbarer dinglicher Rechtserwerb stattfindet.

Es ist dies eine lediglich auf die Wirksamkeit, nicht auf die Giltigkeit bezügliche Frage,[66]) und bei bedingten Vermächtnissen Wirkung der rückwirkenden Kraft der Bedingungen.

Dagegen ausschließlich nach dem Zeitpunkte des dies

---

60) L. 22 § 2 D. de leg. 3 (Hermogen.).

61) L. 47 pr. D. de leg. 1 (Ulp.).

62) L. 70 pr. § 1—3 D. de leg. 1 (Gaj.).

63) L. 79 § 2 u. 3 D. de leg. 3 (Celsus).

64) L. 76 § 1 D. de leg. 2 (Papin.), l. 78 § 3 D. de leg. 3 (Paul.).

65) L. 71 pr. D. de leg. 1 (Ulp.). Eine Ausnahme ist enthalten in l. 34 § 1 D. de leg. 3 (Scaev.).

66) L. 69 § 1 D. de leg. 1 (Gajus), l. 81 pr. D. ib. (Julianus).

cedens, und — da es eine Frage ist, die auf die Giltigkeit des Vermächtnisses Einfluß hat — vermöge der regula Catoniana nach dem Zeitpunkte der Errichtung des Vermächtnisses richtet sich die Frage, ob die Sache dem Vermächtnißnehmer nicht schon selbst gehört. Die hier einschlägigen Grundsätze sind aber im Allgemeinen unbestritten, und es genüge daher, auf dieselben hinzuweisen.

## § 13.

Noch sind nun einige Einzelheiten der in § 1 aufgeworfenen Frage, welches der Zeitpunkt des dies cedens und des Erwerbes der Vermächtnisse ist, zu erörtern.

Unter dem Erwerbe eines Vermächtnisses im Gegensatz zum Anfalle desselben läßt sich nichts Anderes verstehen, als Erwerb des den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Vermögensrechtes, überhaupt Uebergang des Vermächtnißrechtes in ein Vermögensrecht, und obige Frage läßt sich im Allgemeinen dahin beantworten: der Erwerb eines Vermächtnisses erfolgt, den dies cedens vorausgesetzt, mit Antritt der Erbschaft. Leugnet man die Existenz einer betagten obligatio vor Eintritt des dies (§ 10), so kann der dies veniens überhaupt als Zeitpunkt des Erwerbes betrachtet werden.

Zweifelhaft ist nur die Frage beim Vorhandensein mehrerer Miterben, welche zu verschiedenen Zeiten eintreten. Daß der Vermächtnißnehmer das Vermächtniß bekommt, darüber besteht allerdings kein Zweifel mehr, sobald auch nur Ein Erbe angetreten hat, da hiedurch die Giltigkeit des Testamentes außer Zweifel gesetzt wird. Immerhin besteht aber noch Ungewißheit darüber, von wem der Honorirte das Vermächtniß bekommt; auch kann von einer Verwirklichung des vollen Vermächtnisses jetzt in den meisten Fällen noch keine Rede sein.

Besteht nämlich das Vermächtnißrecht lediglich in der Begründung einer Obligation gegen den Onerirten, so versteht es sich von selbst, daß dieselbe nicht früher entsteht, als bis dieser angetreten hat. Sind mehrere Miterben belastet, so wird jeder zunächst nur zu dem Antheil verpflichtet, zu welchem er antritt;

es kann daher zunächst von einem Erwerbe des Honorirten auch nur zu dem Theile die Rede sein, zu welchem ihm der Onerirte durch den Antritt verpflichtet ist. Tritt sodann ein anderer Theilerbe an, so erwirbt in demselben Momente der Honorirte ein persönliches Recht gegen diesen, denn der Antritt ist der Entstehungsgrund des Quasicontractes zwischen dem Onerirten und Honorirten.

Schlägt ein Theilerbe aus, so vermehrt sich in demselben Augenblicke die dem Legatare zukommende Forderung um den auf die Theile derjenigen Miterben, welche schon angetreten haben, fallenden Betrag.

Hiegegen wird wohl nichts einzuwenden sein. Anders ließe sich allenfalls das Verhältniß auffassen, wenn durch das Vermächtniß unmittelbar ein dingliches Recht erworben wird. Auch dieses entsteht **ipso jure** (vgl. § 9) **adita hereditate** (vgl. § 3). Man könnte nun behaupten: das dingliche Recht entstehe sofort mit dem Antritte Eines Erben in seinem vollen Umfang, da hiezu kein Verpflichteter nöthig ist und der Antritt der Erbschaft nur gefordert werde, damit der Bestand des Vermächtnisses gesichert sei. Allein, wie schon in § 10 ausgeführt, man legte dieser Gewißheit nicht überall diejenigen Wirkungen bei, welche man ihr beilegen konnte, forderte vielmehr gerade in den wichtigsten Beziehungen mehr. Zudem ist nach justinianischem Rechte nicht anzunehmen, daß sich der Unterschied zwischen dem aus dem Vermächtnisse entspringenden dinglichen und persönlichen Rechte auf etwas Anderes als die Art der Geltendmachung bezieht. (§ 3 a. E.)

Es ist daher jedenfalls consequenter, anzunehmen, daß die Entstehung des dinglichen Rechtes und der Obligation gleichen Schritt halte, umsomehr, als es in l. 7 D. **de servit. leg.** 33, 3 (**Paul.**) als etwas Besonderes hervorgehoben wird, daß Servituten, als untheilbare Rechte, entstehen, sobald Ein Erbe angetreten hat. Hiernach wäre insbesondere auch das Alter eines testamentarischen Pfandrechtes zu beurtheilen, was jedoch keinen praktischen Einfluß äußert.[67])

67) Regelsberger a. a. O. § 37. Note n u. o.

Von selbst versteht es sich aber, daß eine Erklärung über Annahme und Ablehnung, beziehungsweise eine Geltendmachung des Vermächtnisses nicht möglich ist, bis alle Erben angetreten haben. Dieselbe verlangt zum Mindesten Erwerb in dem oben angeführten Sinne (§ 10); dieser ist aber, wenn nur ein Theilerbe angetreten hat, nur zum Theile vorhanden, eine Acceptation wäre daher auch nur zum Theile denkbar. Eine theilweise Annahme würde die Annahme des ganzen Vermächtnisses zur Folge haben.[68]) Da dies aber nach dem Bisherigen vor Antritt aller Erben nicht möglich ist, ist sie ganz bedeutungslos. Zu dem nämlichen Resultate gelangt man, wenn man nach § 10 den Zeitpunkt der Geltendmachung für nothwendig zur Acceptation erachtet; denn es ist klar, daß von einer Geltendmachung des ganzen Vermächtnisses vor Antritt aller Erben nicht die Rede sein kann.

## § 14.

Hieran reiht sich die weitere Frage: welcher Zeitpunkt ist bei mehreren Theilerben als dies cedens in den Fällen zu betrachten, in welchen für diesen der Erbschaftsantritt als solcher oder als dies veniens maßgebend ist (§ 1)?

Betrachtet man zuerst den zweiten Fall, das Vermächtniß unvererblicher Rechte, so sind drei Fälle denkbar: entweder diese Rechte fallen sofort in ihrem ganzen Betrage an, sobald einer der Erben angetreten hat, oder sie fallen je immer zu dem Theile an, zu welchem Einer oder der Andere antritt, oder endlich sie fallen erst dann an, wenn die ganze Erbschaft angetreten ist.

Nach dem in § 13 Ausgeführten könnte es als das Natürlichste erscheinen, daß das Vermächtniß zu Theilen in verschiedenen Zeitpunkten anfalle. Damit wären dann die wichtigsten Folgen verknüpft. Wenn z. B. ein ususfructus zu verschiedenen Zeiten nach Theilen anfällt, so entscheidet über die Frage, wem die einzelnen Theile zufallen, auch der status des Honorirten je in den verschiedenen Zeiten, so daß, wenn z. B. ein

68) L. 4. 6 D. de leg 2 (Ulp.), l. 23 D. eod. (Marcellus).

Sklave damit honorirt ist, welcher, bis alle Erben angetreten haben, verschiedenen Herren gehört, auch die einzelnen Theile des ususfructus an verschiedene Herren fallen würden. Unter Umständen könnte auch ein Theil ungiltig sein, der andere giltig; wenn z. B. zur Zeit des Antrittes von Seite eines Erben der Sklave diesem gehören würde.

Abgesehen davon, daß es zu verwundern wäre, wenn bei der reichen Casuistik der Quellen in der Lehre von den Vermächtnissen von diesem Punkte keine Anwendung gemacht würde, falls dieselben dieser Auffassung gefolgt wären, steht derselben entschieden Folgendes entgegen. Ausdrücklich wird hervorgehoben, daß bei höchst persönlichen Rechten der dies cedens deßhalb auf den Zeitpunkt der Geltendmachung hinausgeschoben wird, weil ihr Anfall vorher ohne Interesse für den Honorirten ist, indem sie ja doch nicht auf den Erben übergehen.[69]) Diese Vermächtnisse fallen also nicht eher an, als bis sie wirklich geltend gemacht werden können. In der Geltendmachung liegt aber unzweifelhaft Acceptation, welche vor Antritt aller Erben nicht möglich ist (§ 13 a. E.). Hieraus folgt, daß der Anfall unvererblicher Rechte wohl mit dem Antritte, beziehungsweise der Repudiation des letzten Theilerben erfolgt.

Auch hier sind aber wieder untheilbare Rechte auszunehmen, wie z. B. der usus. Diese fallen sofort ganz an, da sie sofort ganz geltend gemacht werden können.[70])

Wir gelangen nun zu dem ersten der zu Anfang dieses Paragraphen angeführten Fälle, wenn sich nämlich der Anfall unbedingt nach dem Zeitpunkte des Erbschaftsantrittes richtet; es sind dies nach § 1 die Vermächtnisse an einen legirten oder testamentarisch freigelassenen Sklaven.

Der Grund, warum sich hier der dies cedens nach dem Erbschaftsantritte richtet, ist, daß sie außerdem ungiltig sein oder wenigstens nicht dem Sklaven zu Gute kommen könnten. Das Bestreben, sie aufrecht zu erhalten, geht aber nicht so weit, ihren Anfall ohne Weiteres an den Eintritt der Freiheit, be-

69) L. 3 D. quando dies leg. 36, 2 (Ulp.), l. un. § 1 D. quando dies usufr. 7. 3 (Ulp.).

70) L. 7. D. de serv. leg. 33, 3.

ziehungsweiſe beim Damnationslegat an deren Anfall oder den Erwerb des Sklaven durch den Legatar zu knüpfen, vielmehr tritt der Anfall hievon unabhängig mit dem Erbſchaftsantritte ein. An welchen Zeitpunkt knüpft ſich nun der dies cedens, wenn hier mehrere Miterben zu verſchiedenen Zeiten antreten?

Um bei dem Falle einer teſtamentariſchen Freilaſſung ſtehen zu bleiben, ſo ſollte man meinen, da ein testamento manumittirter Sklave ſofort frei wird, ſobald Einer der Erben angetreten hat, [71]) trete auch der dies cedens für das Vermächtniß an den Sklaven ſofort ein, da dieſes dem Sklaven ſofort anfallen könne. Dem ſteht aber l. 91 § 1 D. de leg. 1 (Julianus) entgegen, welche ſagt: Nach der regula Catoniana ſeien unbedingte Vermächtniſſe an einen bedingt freigelaſſenen Sklaven necessario ex asse herede instituto unter allen Umſtänden ungiltig. Dem ſteht natürlich der Fall, wo zwar mehrere Erben eingeſetzt, aber ſämmtlich sui ſind, vollkommen gleich, wenn er auch nicht ausdrücklich erwähnt wird. Wenn irgendwo, muß wohl in der l. 91 cit. das argumentum a contrario angewendet und geſchloſſen werden: Wenn neben heredes voluntarii ein suus ex parte eingeſetzt iſt, greift die regula Catoniana nicht Platz, oder macht wenigſtens nicht das ganze Vermächtniß ungiltig, denn ſonſt wäre der Beiſatz „ex asse“ ganz bedeutungslos. Zwar ſagt l. 86 D. de condic. et dem. 35, 1 (Maecianus), welche von dem nämlichen Falle ſpricht, ganz allgemein: nisi forte necessarius heres exstitisset, allein zu ihrer näheren Beſtimmung iſt ohne Zweifel die l. 91 cit. herüberzunehmen, indem jene an den Fall der Theilerben gar nicht denkt.

Es iſt ſomit wenigſtens hier die Möglichkeit ausdrücklich ausgeſchloſſen, daß ſofort mit dem Antritte Eines Erben das ganze Vermächtniß anfällt, wiewohl dies vielleicht das Conſequenteſte geweſen wäre.

Es bleibt ſomit nur noch die Alternative: man nimmt entweder an, das Vermächtniß falle je nach dem Antritt den einzelnen Erben zu Theilen an, oder es finde dies erſt nach dem Antritte aller Erben ſtatt.

71) L. 11 § 2 D. de manum. testam. 40, 4 (Pompon.), l. 25 eod. (Ulp.).

Wir müssen uns auch hier für das Letzte entscheiden, weil adita hereditate in l. 7 § 6. l. 8 D. quando dies leg. 36, 2 (Ulp.) eben im Zweifel als Antritt der ganzen Erbschaft zu verstehen ist, und auch wirklich nach dem Anfangs dieses Paragraphen Ausgeführten bei legirten höchst persönlichen Rechten in l. 2. l. 5 § 7 eod. von demselben Juristen so verstanden wird; weil ferner in den Quellen kein Fall erwähnt wird, wo ein Vermächtniß zufolge jenes Grundsatzes zum Theil giltig, zum Theil ungiltig erscheint, insbesondere gewiß zu erwarten wäre, daß in der l. 31 cit gesagt werde: ex parte suo herede instituto sei das Vermächtniß nach der regula Catoniana] stets zum Theil ungiltig; endlich weil das Gegentheil wohl auch mit der Natur des dies cedens, der sonst in in allen Fällen (§ 1 u. 13) ein einheitlicher Zeitpunkt ist, nicht vereinbar wäre.

In gleicher Weise ist sodann auch bezüglich eines an einen legirten Sklaven hinterlassenen Vermächtnisses zu entscheiden, welcher Fall in l. 7 § 6 cit. jenem ausdrücklich gleichgestellt wird. Bei der hier vertheidigten Annahme ist sodann das Ganze nur eine Anwendung der bei unvererblichen Rechten geltenden Grundsätze auf die zuletzt besprochenen Vermächtnisse, und die erwähnte Abweichung von dem ursprünglich zu Grunde liegenden Gedanken erklärt sich dann daraus, daß man, allerdings inconsequenter Weise, sich an die Annahme gewöhnte, diese fielen im nämlichen Zeitpunkte an, in welchem jene anzufallen pflegen.

## § 15.

Schließlich ist in Beziehung auf den Zeitpunkt des Anfalles noch eines Falles zu gedenken: wenn nämlich das Vermächtniß unter Resolutivbedingung hinterlassen wird. Hier fragt es sich, ob nicht das Hinzufügen der Resolutivbedingung als bedingte Ademtion aufzufassen sei,[72]) und in Folge davon das Vermächtniß erst deficiente condicione anfalle. Nach

72) L. 10 pr. D. de adim. leg. 34, 4 (Jul.), l. 14 pr. D. eod. (Florent.), l. 107 D. de cond. et dem 35, 1 (Gaj.), l. 6 pr. quando dies leg. 36, 2 (Paul.).

vorjuſtinianiſchem Rechte waren Reſolutivbedingungen unzuläſſig;[73]) doch vermuthet Keller[74]), daß man in ſpäterer Zeit aus den Reſolutivbedingungen eine exceptio doli gegeben habe. Im Hinblick auf die angeführten Stellen, welche von bedingter Ademtion handeln, iſt aber die Vermuthung gewiß auch nicht unbegründet, daß, wo der Wille des Teſtators nicht entgegen ſtand, die Reſolutivbedingung in die entgegengeſetzte Suspenſivbedingung verwandelt wurde, umſomehr, da das Römiſche Recht bei Legaten von Sklaven, welche sub condicione freigelaſſen ſind, eine ganz analoge Behandlungsweiſe bietet.[75]) Daraus würde ſich dann auch erklären, warum Juſtinian in l. ult. Cod. de leg. 6, 37, auf welche heutzutage die Statthaftigkeit dieſer Bedingungen geſtützt wird, nur vom Endtermine ſpricht. Daß bei Erbeinſetzungen Reſolutivbedingungen durch Verwandlung in die entgegengeſetzte Suspenſivbedingung aufrecht erhalten werden können, leugnet zwar z. B. Puchta, Pand. § 475, Note e unbedingt; wohl mit Recht vertheidigt aber Mühlenbruch, Fortſ. von Glücks Commentar, Bd. 40 S. 191, Not. die Anſicht, daß dies unter Umſtänden wohl zuläſſig, die Frage aber eine quaestio facti ſei. Zur Beurtheilung derſelben geben aber die Quellen Regeln der Interpretation durch die Grundſätze über bedingte Ademtion an die Hand, an welche man ſich im Zweifel zu halten hat. Iſt z. B. die Faſſung eine ähnliche, wie in dem von Mühlenbruch a. a. O. aufgeführten Beiſpiele Wenings, ſo läge gewiß eine bedingte Ademtion im Sinne der angeführten Stellen vor. Würde der Teſtator ſagen: A ſoll das vermachte Haus unter beſtimmter Bedingung an B herausgeben, ſo läge wohl nur ein bedingtes Fideicommiß vor. Würde aber z. B. der Teſtator ausdrücklich den Ausdruck: „auflöſende Bedingung" gebraucht haben, ſo wäre, da wohl zufolge der l. ult. Cod. cit. kein Prohibitivgeſetz mehr entgegenſteht, ſein Wille aufrecht zu

---

73) L. 55 D. de leg. 1 (Pompon.), l. 3 § 4 D. de adim. leg. 34, 4 (Ulp.).

74) Vorleſungen § 571.

75) L. 68 § 2 D. de leg. 1 (Gajus), l. 81 § 1 D. eod. (Jul.).

erhalten, und das Nämliche müßte der Fall sein, wenn, wie in l. 81 § 2 D. de leg. 1 (Jul.), die Existenz der Bedingung von vorgängigem Erwerbe des Testators abhängt.

---

## XXII.

### Der neueste Stand der Leistungen der Gesetzgebung und Wissenschaft in Bezug auf die Verbesserung der Civilprozeßgesetzgebung mit besonderer Prüfung der badischen, baierischen, k. sächsischen, preußischen und der neuesten italienischen Gesetzgebungsarbeiten.

Von Mittermaier.

Wir haben in diesem Archiv seit einer Reihe von Jahren über die Fortschritte der Gesetzgebung in Bezug auf bürgerlichen Prozeß Bericht zu erstatten versucht. Das Ergebniß der Vergleichung aller vorliegenden Arbeiten ist, daß über den Grundcharakter einer Civilprozeßgesetzgebung, welche allen gerechten Forderungen entspricht, eine Verständigung noch nicht erreicht ist, während nicht verkannt werden kann, daß wenigstens über manche wesentlichen Fragen eine Vereinigung der Ansichten gewonnen ist, und zwar 1) über die Nothwendigkeit einer Gerichtsverfassung, die darauf berechnet ist, den Grundsatz durchzuführen, daß alle bürgerlichen Streitigkeiten von Kollegialgerichten schon in erster Instanz entschieden werden sollen, und nur in beschränktem Maaße Rechtsstreitigkeiten an Einzelnrichter gelangen. 2) Daß Mündlichkeit (Unmittelbarkeit) und Oeffentlichkeit in der Art einzuführen sind, daß die Richter nur auf den Grund der vor ihnen unmittelbar vorgetragenen Ansprüche, Bestreitungen, und der vor ihnen benützten Beweise entscheiden. 3) Daß der mündlichen Verhandlung ein schriftliches Vorverfahren, soweit dies zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlungen nothwendig ist, vorausgehe. 4) Daß eine Vereinfachung des Beweisverfahrens durch Aufhebung mancher bisher im schriftlichen Verfahren eingeführten schlep-